FGV Direito SP

Mestrado Profissional

O conceito de pessoa ligada previsto na Lei nº 11.312/2006 para o "Teste dos 40%"

Ricardo Guimarães Loffredo

Projeto de pesquisa apresentado ao
Mestrado Profissional da FGV Direito SP.

1. Contextualização do tema, questão central de pesquisa e modelo predominante de pesquisa

O *caput* do artigo 3º da Lei nº 11.312/2006 prevê que fica reduzida a zero a alíquota do Imposto sobre a Renda Retido na Fonte (IR/Fonte) incidente sobre rendimentos auferidos por investidor não residente decorrentes de investimentos em Fundos de Investimento em Participações (FIP), Fundos de Investimento em Cotas de Fundos de Investimento em Participações (FIC-FIP) e Fundos de Investimento em Empresas Emergentes (FIEE).

Já no inciso I do parágrafo 1º do mesmo dispositivo legal se prevê que uma das condições para que o investidor não residente usufrua desse tratamento é que ele, isoladamente como cotista titular ou em conjunto com pessoa a ele ligada, não detenha mais de 40% (quarenta por cento) das cotas do fundo que pagou os rendimentos e/ou não detenha cotas que lhe deem direito a mais de 40% dos rendimentos auferidos pelo fundo, é a regra que podemos chamar de "Teste dos 40%".

O artigo 3º da Lei nº 11.312/2006 ainda traz em seu bojo, mais precisamente no inciso II do parágrafo 2º, a previsão de que, para efeito do previsto no inciso I do parágrafo 1º daquele dispositivo, considera-se pessoa ligada ao cotista pessoa jurídica aquela "pessoa que seja sua controladora, controlada ou coligada, conforme definido nos §§ 1º e 2º do art. 243 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976" (Lei das S/A).

Assim, esses são os parâmetros trazidos pelo legislador na Lei nº 11.312/2006 para a realização dos Teste dos 40%, a fim de delimitar a aplicação da alíquota zero no IR/Fonte incidente sobre rendimentos pagos por FIP, FIC-FIP ou FIEE a investidores não residentes.

Ocorre que temos conhecimento pela nossa experiência profissional que há poucos anos a Receita Federal do Brasil (RFB) vem fiscalizando se essa regra está sendo cumprida e lavrando autuações em função de algumas estruturas de investimento que considera tentativas de burlá-la.

Uma das estruturas que tem sido fiscalizada pela RFB – e que será objeto de estudo no trabalho proposto – é composta por diversos investidores não residentes que isoladamente cumprem o Teste dos 40%, os quais investem em um FIP no Brasil por meio de uma estrutura internacional de investimento (usualmente organizada em *limited partnerships* (LP) e/ou em *limited liability companies* (LLC)), que figuram como cotistas titulares não residentes do fundo investido, também cumprem o Teste dos 40% e tem a sua gestão realizada por um mesmo gestor (chamado de *general partner* ou *manager*).

Ao examinar essa estrutura a RFB tem interpretado que a figura do gestor comum nos cotistas titulares do fundo investido permitiria sustentar o não cumprimento do Teste dos 40%, uma vez que este gestor teria poderes de administração e de investimento que permitiriam sustentar que os referidos cotistas seriam partes ligadas em razão da configuração de "controle comum" e/ou "grupo econômico de fato".

Desse modo, a questão central no trabalho ora proposto é avaliar qual a abrangência do conceito de parte ligada do cotista pessoa jurídica trazido no artigo 3º da Lei nº 11.312/2006, a fim de verificar se na estrutura de investimento delineada acima seria possível ou não a aplicação da alíquota zero ao IR/Fonte incidente sobre os rendimentos pagos por FIP a investidores não residentes.

Para alcançar tal objetivo pretendemos realizar um trabalho com modelo predominantemente exploratório, reunindo e examinando elementos do Direito Tributário, do Direito Societário e alguns aspectos contábeis a fim de buscar esclarecer quais os parâmetros que devem ser considerados na aplicação da referida regra e, consequentemente, qual o tratamento tributário mais adequado na situação proposta.

2. Quesitos, fontes de consulta e formas de acesso

Quesitos:

a) Contextualização fática

O que são FIP e como são tributados em regra os rendimentos pagos por este tipo de fundo?

O que prevê a regra do artigo 3º da Lei nº 11.312/2006?

Que estrutura internacional de investimento em FIP tem sido objeto frequente de fiscalização pela RFB?

Qual o papel do gestor em regra nessa estrutura?

O que a Receita Federal do Brasil vem alegando ao analisar a aplicação deste requisito?

b) Referencial teórico-normativo

Como a doutrina, a legislação e a jurisprudência definem partes ligadas, controle e grupo econômico?

Existem elementos no ordenamento jurídico pátrio para a definição da figura do gestor e da sua atuação? Em caso afirmativo, quais seriam?

Como devem ser interpretadas as hipóteses de aplicação de alíquota zero como aquela prevista no artigo 3º da Lei nº 11.312/2006?

c) Abordagem analítica

Cotistas sob controle comum podem ser qualificados como partes ligadas? Existiria alguma especificidade nesse sentido quando se trata de questão tributária?

É possível afirmar que a atuação de um mesmo gestor em uma estrutura de investimento internacional poderia levar à conclusão de que os cotistas titulares das cotas do FIP seriam partes ligadas? Em caso afirmativo, sob que circunstâncias e em qual instituto jurídico ele se encaixaria?

A regra que prevê a aplicação de alíquota zero deve ser interpretada de que forma?

d) Recomendação de ação prática

Quais os elementos que devem ser observados na verificação do cumprimento do requisito previsto no inciso I do parágrafo 1º do artigo 3º da Lei nº 11.312/2006 para que o cotista de um FIP possa usufruir do benefício fiscal previsto no *caput* do mesmo artigo?

Fontes de Consulta:

- Doutrina: societária, contábil e tributária, a fim de buscar determinar os principais conceitos necessários para a análise do tema (em especial, o que são FIP e o seu tratamento fiscal, qual a definição de parte ligada, controle comum e grupo econômico).

- Legislação: em especial a Lei nº 11.312/2006, a Lei das S/A, atos infralegais da RFB, Pronunciamentos do Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC) e Instruções da Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

- Jurisprudência: apesar de ainda não haver jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), espera-se que em breve a questão seja tratada naquele tribunal administrativo, de modo que eventuais decisões poderão ser utilizadas a fim de aprofundar o estudo do tema; outro viés possível de ser explorado é verificar se os tribunais brasileiros possuem um posicionamento claro acerca do conceito de parte ligada.

- Experiência pessoal: atuo há 12 anos com fiscalizações e autuações da RFB, além de o escritório em que atuou conduzir alguns casos sobre o tema em questão.

- Entrevistas: penso que poderia ser um caminho entrevistar profissionais que tratam com o tema em especial para estabelecer algumas características da estrutura de investimento e da atuação do gestor que decorrem da prática e não de uma previsão normativa.

3. Relevância prática, caráter inovador e potencial de impacto

O tema me parece ter relevância prática, na medida em que, como dito, trata-se de norma que visa dar um tratamento benéfico a investidor não residente que invista em empresas no Brasil por meio de FIP, mas que vem sendo objeto de fiscalização e autuação pela RFB, de modo que o aprofundamento do tema pode contribuir para auxiliar na tomada de decisões das diversas partes envolvidas (basicamente administradores dos fundos no Brasil, empresas que buscam financiamento, bem como gestores e investidores estrangeiros com negócios ou interesses no País) acerca desta forma de investimento, o que evidencia, na minha visão, também o seu potencial de impacto.

No tocante ao caráter inovador, conforme dito, se trata de um tema fiscalizado de forma mais incisiva há poucos anos pela RFB (neste momento sequer há decisão de turma ordinária do CARF) e existem poucos trabalhos acadêmicos o abordando, como se verá no item da bibliografia preliminar, motivo pelo qual me parece que existe um campo interessante a ser explorado nesta frente, ainda mais com a expectativa de que o tema em breve chegue ao CARF, com o qual posso colaborar.

4. Familiaridade do pesquisador com o objeto da pesquisa

Não obstante ser um tema ainda pouco tratado de forma específica tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, conforme mencionado, o escritório em que atuo conduz alguns casos que tratam desse assunto, razão pela qual já tenho elementos para começar os estudos.

Além disso, como dito, atuo há 12 anos com fiscalizações e autuações da RFB, de modo que lido constantemente com a análise dos efeitos fiscais decorrentes de estruturas de investimentos, sempre com enfoque no direito material e sob uma perspectiva multidisciplinar.

5. Bibliografia preliminar

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. **Imposto de Renda das Empresas**. 12ª Edição. São Paulo: Atlas, 2016.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. Volume 4 - Artigos 243 a 300. São Paulo: Saraiva, 2014.

EIZIRIK, Nelson. **A Lei das S/A comentada: artigos 206 a 300**. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

HIGUCHI, Hiromi. **Imposto de Renda das Empresas: interpretação e prática**. 40ª Edição. São Paulo: IR Publicações, 2015.

LORIA, Daniel Abraham e LAULETTA, Andrea Bazzo (Coordenadores). **Tributação de Fundos de Investimento**. São Paulo: Quartier Latin, 2022.

MARTINS, Eliseu et al. **Manual de Contabilidade Societária: aplicável a todas as sociedades de acordo com as normas internacionais e do CPC**. Barueri: Atlas, 2022.

MOSQUERA, Roberto Quiroga (Coordenador). **O direito tributário e o mercado financeiro e de capitais**. São Paulo: Dialética, 2009.

MOSQUERA, Roberto Quiroga (Coordenador). **Aspectos atuais do direito do mercado financeiro e de capitais**, v. 2. São Paulo: Dialética, 2000.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz. **Fundamentos do Imposto de Renda**. 1ª Edição. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

6. Cronograma de execução

Atividade	▸						2024											
	7	8	9	10	11	12	1	2*	3	4	5	6	7	8**	9	10	11	12***
Revisão bibliográfica																		
Alinhamento com Orientador																		
Pesquisa Jurisprudencial																		
Redação – Contextualização Fática																		
Redação – Referencial Teórico-Normativo																		
Redação – Reflexão Analítica																		
Redação – Introdução, Conclusão e Recomendações																		
Revisão do Conteúdo																		
Revisão Gramatical e de Formatação																		

* Entrega versão preliminar
** Entrega versão intermediária
*** Entrega versão provisória